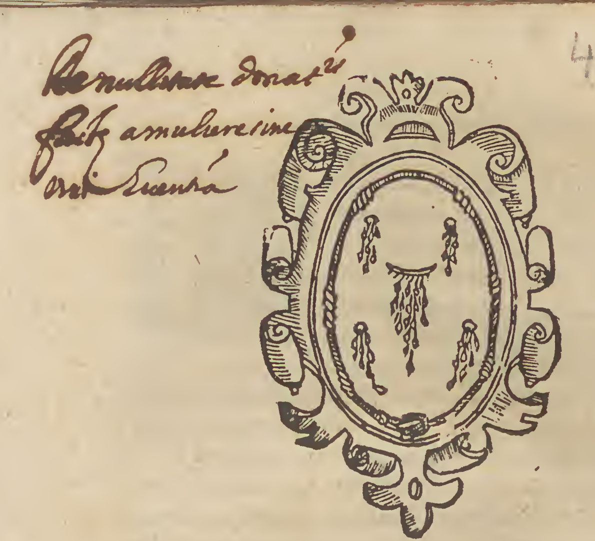


EN EL PLEYTO QVE

V. MD. TIENE VISTO, ENTRE EL MONASTERIO DE MONIAS DE S. CLARA de la Ciudad de Carmona, como Patron de la Memoria, y obras pias, que instituyò D. Mencia de Gongora, y Antonio de Morera Sindico del Conuento del Señor S Francisco de la dicha Ciudad, y Defensor nombrado por la justicia della.

DE VNA PARTE.

Y el Conuento de Monjas Agustinas Recoletas de la misma Ciudad de la otra.

Por parte del dicho Monasterio de S. Clara, y Sindico defensor, se suplica a V. md. mande se aduierta de su justicia lo siguiente.

* EN GRANADA. *Impressa por Vicente Alnarez.* *
Año de 1632.

** *Suppoſita facti ſpecie.* **



STA INFORMACION contendra tres Articulos.

El primero, ſerà fundar en derecho, que doña Mencia de Gongora no pudo hazer, ni otorgar la eſcritura de donacion, por ſer muger caſada, a el tiempo que la otorgò con don Pedro Baçan, como es hecho aſſentado por los autos.

El ſegundo, que aun quando no padeciera eſte defecto, fue reuocable la dicha donacion, y la reuocò en tiempo habil la dicha doña Mécia: demas que la dicha eſcritura tiene otros defectos, que la hazen nula, como ſe iran apuntando.

En el tercero, ſerà ſatisfazer a las objecciones pueſtas por la parte contraria.

** PRIMVS ARTICVLVS. **

1 ASSENTADA coſa es, por Leyes de eſtos Reynos, que la muger caſada no puede hazer contrato, ni quaſi contrato, ſin expreſſa licencia de ſu marido, *l.54. Tauri*, y las ſiguientes, que ſon oy, *la l.1. & 2. & 3. tit.3. de la recopilacion*; Donde ſe le prohibe, no ſolo donar entre viuos, ſed nec cauſa mortis, *Anton. Gomez, 2. tom. C. de donat. n.16. verſ.4. Infertur, Couarr. in rubric. de teſt. n.12. Greg. Lopez, in l. fin. tit.4. part.5. & alij quamplures*. Y la razon deſta prohibicion es, porque ſegun doctrina de todos los Doctores, la licencia en los contratos ſemejantes, ſe requiere por forma, pues no ſolo ſe prohiben eſſos contratos, ſino que añade la nulidad del contrato, *dicta l.2. titul.3. lib.5.* en tanto grado, que ni nace obligacion ciuil, ni natural, *l. Sancimus, C. de donat.* que encomienda mucho por ſingular Romano, en el conſejo 12. n.4. Socin. en el

en el conſ.13.n.22. y otros, y eſto aunque el contrato ſe haga, fauore piæ cauſæ. Suarez, a quien ſigue deſpues de muchos Baeça, *de non melior. filiab. cap.11.n.22.& n.57. Matienç. in d.l.2. gloſſ.1. nu.10. & ibi Azeued. n.59.*

2 ¶ Y no ſe puede negar, que la donacion ſea contrato, porque aſsi ſe llama en muchas leyes, preſertim, *in l. ſi donationis, C. de his quæ, l. contractus, l. fin. C. de litigioſis, l. fin. C. de pact. l.1. tit.2. lib.5. de la recopilacion.* Mayormente, que en la donacion de q ſe trata, ay obligacion, vltro, citroque, obligatoria; pues ſe hizo en condicion, y mas fue donacion, ob cauſam, que donacion ſimple.

3 ¶ Ni menos obſtarà dezir, que la donacion de que ſe trata valio, porque en ella no ſe puede conſiderar perjuyzio del marido; ſupueſto que es para deſpues de los dias de la muger, que es la cauſa de la prohibicion de contratar las mugeres; vt poſt Tiraquel. y otros inumerables, lo prueua Matienç. *in d.l.1. tit.3. lib.5. gloſſ.1. per totam.* Porque de otra ſuerte en todas las mugeres ſe conſiderarà la miſma prohibicion: lo qual no vemos que ſe haze, como lo prueua el miſmo Tiraquelo. Porque la reſolució de eſta queſtion depende de otra, ſi la prohibicion de los contratos en las mugeres caſadas, ſe prohibe tan ſolamente por el perjuyzio de ſus maridos; porque ſi eſto ſe conſideràra, donde no vuiera perjuyzio, pudieran contratar. Si ſe diſpone tambié por la fragilidad de las mugeres; y que ſea por entrambas cauſas, lo prueua claramente, *la ley 55. de Toro,* q oy es la 4. d. tit.3. y en la l.6. del miſmo titulo, pues nadie podra negar en la eſpecie de las dichas leyes, que el marido quando es compelido a dar licencia a ſu muger, para contratar, es para los contratos fauorables, pues de otra ſuerte fueran injuſtas. Y aſsi no ſolamente ſe concede la licécia por el perjuyzio del marido, ſino por la fragilidad de la muger; de que ſe ſigue la reſolucion de la

duda

duda propueſta,pues faltando qualquiera delas dichas dos cauſas,como forma de la ley, no valdian los contratos. Y no es marauilla, que en las mugeres caſadas,ſe cōſidere mas ſu perjuyzio,que en las que no lo ſon, porque de eſto es la cauſa, ya porq̄ el marido ſe conſidere curador de ſu muger,*l.* 1. *in fine*,y la ley ſiguiente,*ff. de iniurijs,Iaſſ.in l.fin.n.*2. *C. de in dicta vidui.* O porque el marido es cabeça dela muger,*cap.eſt,ordo* 33.*q.*5. y ſiendolo no es marauilla,quod non poſsit ſine capite,& eius proprio ſenſu,hoc eſt viro, & eius licentia contrahere. *Bart. in l.tranſactionem,C.de tranſact.tenent Gomez, in d. l.* 54. *Tauri,q.*1.*Couar.de ſponſ.*2.*part.c.*7.§.11.*nu.*1.*Ruin. conſ.*145.*n.*5.*verſ.Nec obſtat,lib.*1.*ex quo in indiuiduo noſtræ quæſtionis,contra Tiraquel.reſoluunt Suarrez,titu. de las deudas,n.*10.*latiſsimè Baeça,de non melior. filiab. c.*11.*n.*68.*Mati.in d.l.*2.*gloſ.*1.*n.*11.*& ibi Azeu.n.*49.

3 ¶ Quiere la parte contraria euadirſe deſta dificultad, con la replica que tiene intentada, diziendo, que eſtaua diuorciada la dicha doña Mencia de Gōgora, del dicho don Pedro Baçan ſu marido. Sed hæc euaſio, nullius eſſe momenti, ex ſequentibus apparebit. Primò, porque en el diuorcio authoritate iudicis Eccleſiaſtici facto, eſtà muy cōtrouertido, ſi la muger ſeparada del varon podra hazer contrato ſin licencia del marido? eſta queſtion diſputò ad longum Gutierrez,*titul.de iura. confirmat.part.*1.*cap.*1. *à num.* 54. vbi inquit, quæſtionem nouiſsimam quam à nullo ſcribentium, quos ipſe viderim, legerimque; ſaltim de iure tractatam inuenio. Scio tamen in practica iam contigiſſe. Quæſtio talis eſt, factum eſſe diuortium ex cauſa ſeuitiæ, vel ex alia iuſta & legitima, inter virum, & vxorem, quoad thori, ſeparationem, & mutuam cohabitationem, vt in cap. literas cum ſimilibus de reſtit. ſpoli. & vir. & vxor ſeorſim habitant; Dubitatur, vtrum in hoc caſu ſit neceſſaria licentia mariti? ad hoc vt mulier poſsit contrahere; vel ſtare in

iudicio? quæ lex Regia requirit? vel, an absque prædicta licentia, mulier possit libere contrahere? &c. Y va disputando la question, y pone algunos argumẽtos por la parte q̃ dize, no ser necessaria la tal licencia, y por la parte afirmatiua pone otros fundamentos, y concluye, diziendo, que le parece que valdria el tal contrato sin licencia; pero que amonesta, pro maiori cautela, & securitate aduocatos, vt quando consulti fuerint ab illis personis, quę volũt contrahere cum huiusmodi mulieribus separatis, antequam contrahant, consulant eis; ad tollendum omne dubium, pro maiori cautela, & securitate: vt prædictè, mulieres petant licentiam, ad cõtrahendum a viris suis, qui si eam denegent, recurretur ad iudicem; qui subsistente iusta, & legitima causa, eam præstabit, *vt in l. 57. Tauri, & hoc modo erit consultum emptoribus, & alijs personis contrahere volentibus cum huiusmodi mulieribus.* Pero esta licencia solo será para contratar, administrando la haziẽda, arrendandola, y cobrando los reditos de ella, para sustentarse, y alimentarse. Finalmente, ad id quod, maritus facere consueuit, ordinariæ, & non extraordinariæ, intelligendum est. *Bart. in l. solutum, §. fin. & l. vniuersorum, ff. de pignor. actio. & l. si fraudater, ff. de his quæ in fraud. cred. & lege Seyo, §. Medico, ff. de annuis allegatis.* Y esto señor corre con esta duda, y variedad de fundamentos, en caso que el diuorcio estè legitimamente celebrado. Pero en nuestro caso aliter dicendum est. Porque como consta de los autos deste pleyto, este diuorcio entre doña Mencia de Gongora, y don Pedro Baçan su marido no estaua acabado, sino en dos sentencias, y dellas apelado por parte del dicho don Pedro Baçan, y admitidale la apelacion, en cuya virtud traxo Buleto del Nuncio, para el Ordinario de Cadiz, ante quiẽ passaua actualmente el pleyto: en que sin darle noticia se separaron voluntariamente; y no ay duda de que pendiente el apelacion, no se ha de hazer inno-

innouacion en quanto al efecto de la sentencia, vt in cap. 1. & per totum ne lite pendente. Y en tanto grado, es cierta esta conclusion, que aun judicialmente, o extrajudicialmente, si se executasse efecto alguno de la tal sentencia, seria nulo, y atentado.

4 ¶ Et circa subiectam materiam, corre tan sin disputa, que si estos casados, pendiente el juyzio de la apelacion, ellos sin otra autoridad se reconciliassen, se podian boluer a juntar, y proseguir con su matrimonio, sin nueua licencia, ni auto de Iuez, assi lo sienten todos los Doctores, que tratan de matrimonio, Tabiena, Bonacina, & erudite Thomas Sanchez de matrimon. lib. 10. disput. 10. n. 4. & in num. 3. quamplures refert authores pro hac sententia.

5 ¶ Y aunque estuuiera diuorciada doña Mencia de Gongora, y celebrado el diuorcio, todauia auia menester licencia de su marido. Probatur primò, quia sententia separationis nunquam transit in rem iudicatam, sed semper potest retractari, & pendet ex futuro euetu, *cap. Tenet, & cap. Consanguinei de re iudicata*, y otros. Zille, *cons. matri. 3. n. 6.* & adhuc constat matrimonium, & sic licentia mariti requiritur.

Lo segundo, porque quando esto no fuera assi, todauia facto diuortio prædicto, matrimoniũ perseuerat, illiusque nexus non dissoluitur, cap. literas, de rest. spol. cap. 8. Sessione 24. Trident. & adhuc plures effectus ciuiles durant, porque adquieré los multiplicados, *Matienç. in l. 2. titul. 9. lib. 5. gloss. 1. nu. 45.* Y si la muger comete adulterio, incurre en las mismas penas, que si no se vuiera hecho el diuorcio. *Couarru. in 4. 2. part. cap. 7. part. 5. numen. 2.* Y assi todauia es necessaria licencia del marido; o por lo menos decreto del Iuez. *Argumento, lege 57. & 59. Tauri, secundum Matienç. post Tiraquel. in l. 6. dict. tit. 5. gloss. 1. n. 4.*

Contra

6 ¶ Contra estas doctrinas, y cõclusiones certissimas in iure, se pretende valer la parte contraria, de vna excepcion que alega, y pretende prouar con vna escritura de transaccion, que hizieron entre los dichos don Pedro Baçan, y doña Mencia de Gongora: y en ella el dicho don Pedro Baçan le dà, y entrega a la dicha doña Mencia, sus bienes dotales, sed futilis, & inanis est hæc exceptio, prout ex sequentibus apparebit.

7 ¶ Dos efectos pretende induzir la parte cõtraria con esta escritura. El primero, que estaua doña Mencia de Gongora diuorciada con don Pedro Baçan. El segundo, que en ella le dà licencia general su marido, quibus sigilatim respõdemus, ne claritas offendatur, *l. quisquis de postulando.*

8 ¶ Quanto a el primer efecto, esta escritura fue, y es nula, porq̃ la transacion en materia de diuorcio, es nula, *per textũ, in cap. fin. de transactionibus, & ibi Doctores.* Pero porque para lo que ha de dezir, importa expressar las palabras de la escriptura, donde haze la parte contraria la fuerça, las referirè, que son estas. *E yo el dicho don Pedro otorgo, que me desisto de los bienes rayzes de la dicha doña Mencia de Gõgora, e de su capital, o en otra manera que yo los tenga, e me competan, porque yo los doy a la susodicha, para q̃ los aya, e tenga, e suceda en ellos, como cosa suya propria, sin que ningun derecho tenga a ellos por via de retencion, ni otro derecho que me competan, porque todos estos derechos los renuncio en su fauor.* Donde se han de aduertir dos cosas. La primera, que no dize que le dà licẽcia para que los done, y enagene, sino para que los aya, e tenga. La segunda, que estos bienes no parece, ni consta por escritura, auerse entregado en ellos la dicha doña Mencia, ni por otro instrumento. Que poco haze a el caso auer escritura de manda, sino la ay de entrega: y testimonio de auer tomado judicialmente la possession de ellos, ni el dicho dõ Pedro tal possesion dio, ni pudo, porque por autoridad

de

de Iuez estauan puestos en sequestro, y deposito, y no se pudieron sacar del, por sola la voluntad de las partes, sin expresso mandamiento del Iuez, cō que se remouiessen del deposito, y el depositario los entregasse, y diesse a quien por el Iuez se mandaua; ademas, que el Iuez no le auia mandado dar a doña Mencia de Gongora, los bienes dotales, sino solo alimentos de lo que de ellos rentasse; que para esso los hizo depositar, y poner en administracion, como consta de la misma escriptura de transaccion, y assi sin auer hecho don Pedro Baçan entrega de ellos a la dicha doña Mencia su muger, ni Real, ni la fictricia, que ordena el derecho, haziendo entriega de la misma escritura, en señal de possession, de que no dà fee el Escriuano, biē se sigue, que ni la dicha doña Mencia, ni quien con su poder hizo la escritura de transaccion, no los recibieron; y segun esto, no se puede afirmar, que le dio don Pedro licencia, sino que aquella escritura fue, vn propter formam no mas, y quando mucho vna permission no mas, para que en el modo que ella pudiesse, se alimentasse con sus bienes dotales, y que no le pidiesse a el mas alimentos, de lo que ellos podian rentar; supuesto que ella voluntariamente se auia querido separar. Y assi essa permission no fue para que los donara, ni enagenara, ni contratàra con ellos, mas, que en lo justo y licito, sin dissiparlos, ni perderlos, porque todauia quedaua el matrimonio en pie; y la diuision no se hizo por voluntad de don Pedro Baçan, sino por la de su muger doña Mencia; y assi muchissimas vezes por sus Confessores, y por otras personas graues, le embiò a rogar, y suplicar don Pedro a doña Mencia, que boluiessen a hazer vida maridable, porque tenia escrupulo de estar separado, y doña Mencia noquiso, como lo testifican ocho testigos, en las prueuas que se hizieron por parte del defensor de la obra pia.

9 ¶ Y es digno de aduertencia, y de reparo, q̃ para hazer la escritura de concierto, y de contrato, la dicha doña Mencia con su marido dõ Pedro, en orden a separarle, soltãdole ella la cantidad de alimentos, que dezia le deuia, y obligandole a pagar la mitad de los corridos de vn censo, y redemir cada vno por yguales partes la mitad del principal del, ni el le da licencia a ella, ni doña Mencia se la pidio a el, ni para concertarse en la diuision de los demas bienes, y assi es nulo el contrato, y la escritura nula, como lo tiene Gutierrez, tom. de iura conf. cap. 1. num. 49. & 50. & Petrus de Auendañ. in suo Dictionario, verbo. *Otorgamiento*, in vers. *Etiam, el segundo.* Los quales ambos afirman, que adhuc quod mulier contrahat cũ suo marito quod addeatur Iudex, & petat licentiam. Luego faltando este decreto, el contrato serà nulo y la escritura nula, y siendolo, lo que ambos en ella concertarõ, no valio cosa, ni de essa escritura resulta cosa, que de importancia sea, y si doña Mencia no quedò obligada por la escritura, porque no tuuo licencia, ni de su marido, ni del Iuez, ante quien actualmẽte, estaua pidiendo contra el dicho don Pedro, tampoco quedò obligado el dicho don Pedro, ni valio nada lo q̃ hizo, pues no se obligàra, ni le dierà los bienes, para que se alimentàra su muger, si entendiera la nulidad, o si la entendio, dissimulò, por redemir su acusacion.

De donde se sigue tambien, que es nula la pretension de la parte contraria, queriendo hazer buena la donacion, que hizo doña Mẽcia entre viuos, para el augmento de Recoletas Descalças, y se auia de fundar, sobre que es el pleyto, por virtud desta escritura de transaccion, y contrato, nula por todas partes y por todos derechos, por el Canonico, cap. fin. de transactionibus, por el ciuil y Real, l. 55. de Toro, donde se le prohibe a la muger casada, no solo no hazer cõtrato, ni quasi contrato, sino tambien,

bien el desistirse y apartarse de qualquier contrato que a ella toque, ni pueda dar por quito a nadie del, ley que parece que estaua mirando de lleno a esta escritura, y contrato de doña Mencia de Gongora, con don Pedro Baçan. Cuyas palabras clarissimamente la anulan; pues ella no puede hazer cōtrato sin licencia, y si lo haze, lex annullat contractum, & ideò non valet, quia deficit forma: y faltando la forma, eius transgresio reddit actum inutilem, leg. cum hi, §. si Prætor, ff. de transact. & Bart. Socin. *consil.* 112. *lib.* 1. *&* *consil.* 172. *lib.* 2. Tiraquel. post leges, connub. *gloss.* 4. *num.* 23. *&* 24. Lo qual confirma la *ley* 2. *titul.* 3. *lib.* 5. *nouæ Recopil.* en aquellas palabras. (*Mandamos, que no vala lo q̄ fiziere.*) Porque la ley quiere que lo que la muger casada hiziere sin licencia, sea inutil, y de ningun prouecho, aunque sea en fauor del marido, y de la muger; y cosa cierta es, que el contrato hecho contra ley, es ipso iure nullus, *l. non dubium, C. de legibus, illiusq; legis, argu. hanc sententiam crebius receptam esse scripsit, Iason, in lege* 1. *num.* 50. *ff. de lib. & post. inibique, Socin. num.* 8. idem Iasson, *in l. nemo potest lect.* 1. *num.* 27. *ff. delegat.* 1. de donde se sigue, que esta escritura de transacion, y contrato es nula, por parte de doña Mencia, no ha de ser valida por parte de don Pedro, y assi no obrò cosa ninguna, ni tiene fuerça, ni vigor para lo que la parte contraria alega.

10 ¶ Demas, que quando caso negado fuera valida esta escritura, venia a resoluerse en diuorcio voluntario, que tambien està prohibido por derecho Canonico, y con censuras por el Concilio Gangrense, sub Syluestro I. Can. 14. alegado por Graciano, disput. 30. cap. si qua mulier, por el Concilio Agatense sub Celestino I. Can. 25. alegado de Graciano, causa 33. quæst. 2. cap. Seculares, & Corroboratur, ex eo quod sententia diuortij, non transit in rem iudicatam, text. capitalis, in quo omnes docens, in cap. Lator, de sententia, & re iudicata, opti-

optimè quos plures refert Thomas Sãchez, de matrimon lib. 10. disputat. 9. per totum, qui authoritatibus, & rationibus prout de more habet exornat. Ex hoc infertur, quod adhuc maritus est dominus rerum dotalium, l. doce Ancillam, cap. de rei vindic. & ideò mulier non potest disponere sine eius consensu.

11 ¶ Quanto al segundo efecto, que pretende de la licencia general, aunque parece que queda respondido; con todo dupliciter respondetur. Primò, que si la dicha escritura es nula, non entis, nullæ sunt qualitates; & per consequens, ninguna de sus clausulas, y circunstancias son de consideracion; y asi no podra la parte contraria alegar el subterfugio de la regla, vtile per inutile, non viciatur: diziendo, que ya que la escritura de transacion en quanto al diuorcio estè reprouada por derecho, que alomenos en quanto a la licencia, por ser acto separado no se ha de viciar: y aunque como he dicho, se vee manifiestamente que es nula por todas partes, y derechos: pero en caso que tuuiera la dicha doña Mencia la dicha licencia general sin estos escrupulos, adhuc, no fuera, ni es bastãte para auer podido otorgar la dicha escriptura de donaciõ, sino que es nula. Et ratio est quia licet verum sit, quod mulier coniugata ex licentia viri sui potest contrahere, hoc limitant Doctores, *in l. 56. Tauri.* Palacios Rubios, *in dict. l. 56. nu. 5.* vbi inquit, quod licet prędictam licentiam habeat mulier cõiugata, non potest donare, *l contra iuris, in fine, l. procurat. cui libera, in fine, ff. de procur.* Bald. *in l. fin. in princip. C. quod cum eo, & licet in prædicta licentia dicat, quod possit facere quidquid voluerit, Matienç. in l. 3. tit. 3. libr. 5. Recopil gloss 2. num. 2. Azeued. in d. l. 3. Menchaca, controuersiarum vsu frequentium, lib. 1. cap. 11. num. 4. idem Menchac. lib. 3. de success. creat. §. 30. num. 56. & l. 1. §. 1. ff. quod iusu.* Et licet in ipsa licẽtia dicat, quod vxor facere posit tanquam dominus de re sua. & tunc,

donare

donare non poteſt, Bald. *in l. 1. C. de bonis maternis, in dict. l. fin. C. de contrah. empt.* Y aſsi por ningun modo podra donar vigore licentiæ generalis, l. procuratorem, ibi Bald, C. de procurat. Bart. in dict. l. ſi procurat. Conforme a lo qual, ni en virtud de la eſcritura, que es del todo nula por las razones dichas, aunque no lo fuera, ſino verdadera y cierta, no pudo hazer doña Mencia de Gongora la dicha donacion: pues para ello no tuuo licēcia, & mulier prohibita contrahere ſine licentia mariti, non poteſt donare, nec aliquid remittere, quia remittere eſt dare, vel donare, *l. peculium in princ.* & ibi Bart. verſi. *Item, nota, ff. de peculio.*

*** ARTICVLVS SECVNDVS. ***

12 AVNQVE con lo dicho en el primero, pudieramos eſcuſar para vecer eſta cauſa eſte ſegundo; pero por ſer el caſo de importancia, y porque ſe vea la notoria juſticia de nueſtra parte, ſe nos darà licēcia para aſſentar por fundamentos juridicos, que aunque eſta donacion la vuiera hecho la dicha doña Mencia de Gongora, eſtando in poteſtate ſui iuris: quedò reuocable, y la pudo reuocar, como la tiene reuocada en tiēpo habil, ex ſequentibus.

13 ¶ Primò, porque no eſtaua aceptada, ni ſe aceptò por parte legitima; porque, aunque aceptaron, Eluira, y Yſabel de San Franciſco, y deſpues doña Iuana Camacho, no fue la aceptacion en nōbre de la fundadora verdadera del Conuento, que auia de ſer, que es la que la dicha doña Mencia dize que quiere que acepte, y a quien dirigio ſus palabras, fue a la fundadora, y Monjas, que auian de ſer del dicho Monaſterio de Deſcalças. Nam in donatione exigitur, & requiritur, preſentia donatarij, & ſi abſenti fiat donatio nemine nomine donatarij acceptante, minime valet ante abſentis acceptatio-

tationē; & tunc reuocari poteſt, vt probatur in celebri gloſſ. communiter recepta, in *l.illud,C.de Sacroſanct.Eccl.* quę etiam loquitur in donatione quæ in piam cauſam, vel Eccleſiæ confertur, & eam dicit ordinariam; Romanus, *conſ.*295.*& Anton. Rube. conſ.*132.ſic eam intelligens poſt Aretinum, *conſil.* 17.*volum.*6.verſ.*Ex nouo nota*, Socinus, *in l.*1.*ff.ſi ex noxal.cauſ.agat,in principio*, Iaſon, *in l.qui Romæ,§.Flauius,num.*22.*ff.de verbo.obligat.& probatur in l. abſenti,ff.de donationibus,l.ſi ego,& ibi Decius, ff.ſi certū petat.l.in omnibus in fine,ff.de action.& obligat.l.ſi quis,C.de donat; atque hunc eſſe communem, & frequentiſsimum prædictè gloſſæ intellectum fatetur, Rub. dict. conſ.*132.*& Paulus Pariſius,conſ.*77 *num.*15.*lib.*1. Y ſegun eſto faltando la aceptacion de la fundadora, que pedia doña Mencia de Gongora, pudo muy bien reuocar la donacion.

14 ¶ Y no obſta dezir, que es para obra pia; y aſsi qualquiera que la acepte baſta, porque demas de lo dicho y alegado, como la donacion es contrato obligatorio, bien puede pedir quiē dona que acepte ſu donacion la perſona a quien la haze; y expreſſandolo en la eſcritura, no valdra que otra la acepte por ella, y mas no teniendo ſu poder, y mas ſiendo la donaciō condicional como es eſta, y la razon natural lo dicta, que en la donacion condicional nadie pueda aceptar, ſino el donatario, o quien para ello ſu poder vuiere, porque quien podra ſin volūtad conocida del donatario, obligarle q̄ acete la donaciō con tal, o tal cargo, y mas a vna comunidad, y Conuento, que no auia, y en contingencia de no ſer, ni auer quien lo fundaſſe, y fundadora, que haſta auer Monjas y Prelada, con clauſura no ay Conuento, ni fundaciō del, ni fundadora; y eſſa es la q̄ auia de acetar cōforme la volūtad de la donante; y aſsi antes que llegaſſe eſta aceptacion, la pudo muy bien reuocar, pues conforme a derecho, y comun opinion de los Doctores, antes

tes de la aceptacion se puede reuocar la donaciõ. Y aun añade el Padre Thomas Sanchez, *lib. 1. de matrim. tom. 1. disput. 7. q. 3. per totum, & q. 4.* con grauissimos Authores que cita, que despues de aceptada la donacion por vn tercero, aunque sea el Escriuano, se puede reuocar antes de la ratihabicion del ausente; aunque en ella interuenga pacto, o juramento, dando para euidencia de esta verdad valentissimas razones. Y vna dellas en el num. 28. de la question quarta, es, quia vt stipuletur persona cuius interst, & non quicumque priuatus, non pertinet solum ad solemnitates iure ciuili requisitas, sed ad ipsam acceptationis substantiã; quæ petit vnionem voluntatis, promittentis, & eius cui promissio fit, sed quando priuatus cuius nihil interst; stipulatur, seu acceptat nomine absentis, minime vniuntur, hæ voluntates; nam stipulans non repræsentat absentis personã, & promissio ore tenus ipsi fit, cũ sua nihil intersit, quod mire explicatur, §. *Alteri stipul. ibi: Inuẽtæ sunt stipulationes, vel obligationes, vt vnusquisque acquirat sibi, quod sua interst; cæterũ si alijs detur mihi interst stipulatoris.* Luego, segun esto, si doña Mẽcia pidio señaladamente, que la aceptacion de su donacion fuesse hecha por la fundadora, y no por otra persona, como de derecho (dize) se requiere, bien pudo aunque otras aceptassen en su nombre, no teniendo poder suyo, porque no auia quien se lo diesse, pues no auia fundadora, ni Conuento, reuocar su donacion, antes que legitimamente fuesse aceptada. Porque la aceptacion de la parte interessada, para q̃ valga la donacion se requiere, no solo ex iure positiuo, sed etiã ex iure naturali. Y siempre lleua encorporada en si la donacion, aquella condicion, *Con tal que el donatario, o donataria la acepte,* Quia acceptatio donationis est de ipsius substantia, ita Molin. lib. 4. de primog. cap. 2. n. 62. in fine. Item probatur: Quia donatio, & promissio, iure naturæ, Piden el consentimiento, y el animo de obligarse,

garse para que sean validas, y irreuocables, y asi el q̃ promete, y dona, no parece q̃ consiente, ni tiene animo de obligarse, donec alter accepter. Dixolo elegantemente el Iurisconsulto, l. qui absenti, ff. de acquir. possess. Luego de derecho natural se requiere la aceptacion de la parte legitima, ita Sotus, lib. 3. de iust. q. 5. art. 3. versi. De donatione autem, Lo mismo Molin. d. cap. n. 62. fine.

15 ¶ Y que aceptada la donacion, como lo està esta, no vale nada, y es nula, prueuase, porque las palabras de donacion, y promessa, para q̃ la persona presente pueda aceptar validamẽte por la ausente, es necessario q̃ hablen con ella? De suerte, q̃ para que valga la donacion que vno haze por el ausente, es necessario, que las palabras de la obligacion, vayan endereçadas explicita, o implicitamente a el que està presente; porque si van encaminadas a el ausente, no puede el que està presente aceptar por el ausente validamente. De suerte, que si dize, prometo a el Conuento de Monjas Agustinas Descalças, que se ha de fundar, y les dono vn Cortijo de pan sembrar, no podra validamente el que està presente, caso negado, que tuuiesse poder, aceptar validamente, por el Conuento de las dichas Monjas; no solo que es ausente, pero ni aun està fundado, pero si dixera, prometote a ti, o donote a ti, para que le des a Pedro que està ausente cien ducados, valdria la aceptacion. Ita Couarru. 2. p. relectionis, §. 4. num. 13. en las nueuas impressiones, & in antiquis, §. 4. n. 9. Thom. Sanch. tom. 1. de matri. disp. 7. q. 1. n. 3. q. 5. n. 36. con otros muchos q̃ alli cita. Pat. Villalobos en su Sum. 2. p. tract. 26. diffic. 3. concl. 3. n. 9. Y asi si las palabras de la obligacion en la escritura de donacion de la dicha D. Mencia no hablan con persona presente, sino cõ el Conuento q̃ se auia de fundar, y en toda ella no se acuerda de Eluira, y Ysabel de S. Francisco, ni de D. Iuana Camacho, para lo q̃ es obligarse a ninguna

na de ellas, de que daria a el Conuento de Monjas Descalças q̃ se auia de fundar, para quando se fundasse, el cortijo de pan sembrar, antes en todas ocasiones habla con las Mõjas, y Conuento q̃ auian de ser luego la promessa y donacion, es de ningun efecto y la pudo reuocar, como la reuocò.

16 ¶ De aqui se origina y se infiere otra cosa en buena consequencia, y es, q̃ no se traspassò el dominio del cortijo, pues antes que llegasse el tiẽpo de aceptar la fundadora del Cõuento, q̃ auia de ser la donaciõ del, y recebir la escritura en señal de possession, de q̃ no dà testimonio el Escriuano en la misma escriptura, como es ordinario, y obligatorio, ni lo pudo dar, porque no auia llegado el tiempo de entregar la escriptura, conforme la voluntad de la donante, que auia de ser a el Conuento, y Mõjas de el, la reuocò doña Mencia. Y assi no se pudo adquirir dominio, pues no vuo entrega de escripturas, ni oy lo tienen las Monjas, pues no consta que el Escriuano les aya entregado la escriptura, ni las originales de los titulos del Cortijo; pues se quedò con ellos doña Mencia, como lo confiessa en su testamento, y no los entregò, porque como lo afirman todos los testigos de las prueuas, no entendio ella que la escritura que hazia era irreuocable, que si lo entendiera, se los entregàra, y esso era necessario, y forçoso, segun derecho, *ita in l. 1. C. de donat. 8. tit. 30. fori ll. 17. Tauri, hodie, l. 1. tit. 6. lib. 5. Recopilat. vbi Doctores omnes pene conueniunt in hoc, ita intelligentes, prædicta iura Regia Castellæ, ibi: in verb.* La eseritura, *Cifuẽtes, n. 1. Ioãnes Lup. 25. Gomez 16. Tellus Fern. n. 32. & ibidem Matienç gloss. 6. Arias, in lege 15. Tauri 26. Couarr. 2. tom. Variar. resol. cap. 16. n. 12. cum pluribus ab ipso citatis*: Explicando doctissimamente la ley 17. de Toro, y resoluiendo que para adquirirse perfecto dominio, y transferirlo con la possession, es necessario la entrega de la escritura: no solo de la donacion, sino la que contiene en si los titulos, y

 dete-

derecho de la cosa que se dona: ora sea la tal escritura antigua, o hecha de nueuo, sus palabras vltimas son: *Donatario acquiri possessionem rei donatæ per traditionem à donatore factam instrumenti, ex quo donator ipse illius rei ius habuit, vel si id confectum non fuerit, aut omissum, per dictum versit, vel ipse donator, illud vellit retineri, aliud de nouo fiat eiusdem iuris quo contineatur donatoris titulus, & id per donatorem donatario tradatur.* Pues aora si nada desto se hizo en esta donacion, ni se dio la escritura della, ni la de los titulos, porque quedò en poder de doña Mencia, como lo dizen los testigos, y en particular el Licenciado Diego Lopez Clerigo Presbytero, Confessor de la dicha doña Mencia, y Patron instituydo por ella de otro Patronazgo, que la dicha instituyò. El qual confiessa, y declara en su dicho, que con otros papeles le dexò doña Mencia la de los titulos del cortijo, para que se la diesse al Conuẽto de Santa Clara, a quien lo dexaua en su testamento: bien consta no auerse transferido el dominio, ni la possesion, y estar imperfecta la donacion, y poderse reuocar, como de hecho se reuocò.

17 ¶ Aqui cumpliremos, con dezir algunas razones de las porque permite el derecho, que la donacion se reuoque, aun quando es hecha entre viuos. La primera razon, porque doña Mencia reuocò la donacion, fue por la ingratitud que vido se auia vsado cõ ella: pues como prueuan los testigos se quexaua doña Mencia, que Eluira, y Ysabel de San Francisco, las Beatas que pretendian entrar Monjas en el Conuento, y D. Iuana Camacho la q̃ lo queria hazer la enagenacion, diziẽdole, que tenian licencia para fundarlo, y q̃ solo les faltaua rẽta de pan, que dentro de seis meses, o alomenos dentro de vn año fundarian, que les ayudasse, y la darian titulo de Patrona y fundadora. Y consta de la misma escritura de donacion, que daua el cortijo como fundadora, y lo mismo declara en su testa men-

mento, que auia hecho la donacion con esta intẽcion de tener como fundadora, y Patrona parte en los Sacrificios, Missas, Oraciones, y demas buenas obras q̃ se hiziessen en el Conuẽto. Y por quitarle este titulo de fundadora y Patrona, pusieron, que daua el cortijo con condicion, q̃ auian de darles el Abito, y professiõ a las dos Beatas, no obstãte q̃ ellas auian de lleuar sus dotes que tenian. Donde se echa de ver el engaño (el qual fue facil de hazer a vna muger de ochenta años, muy sorda, a quien cogieron dentro de su casa sola, sin tener persona de su parte, que le diesse a entender lo que se hazia, y escriuia, como està abundantissimamente prouado) porque si las dos hermanas beatas teniã sus dotes, que auian de lleuar a el Conuento, que merced les hazia doña Mencia? ni a ella que le daua el Conuento por el Cortijo? siendo cosa assentada, que a quantas pidiessen el habito, viniendo con sus dotes, se lo darian: y esso es lo que oy ellas dessean Pero solo pusieron aquella condicion frustranea, y fictricia, por no darle el titulo de fundadora, y patrona. Y assi quando supo su engaño, y ingratitud, reuocò la donacion. Y regla es de derecho, que frangenti fidem, fides frangatur eidem. Y el dolo y engaño hazen el contrato nulo, quamuis firmetur iuramentum, Gutierrez, de iuram. confir. cap. 37. num. 12. Padilla, in l. 2. num. 4. C. de rescindenda venditione, & est optimus textus, in cap. quamuis pactum de pactis, in 6. Y que la engañassen, y hiziessen la escriptura como quisieron, consta ser verdad, pues como està prouado, era doña Mencia muger de ochenta años muy vieja, y muy sorda, y estaua sola en su casa, sin sus criadas, ni sobrinas, que le aduirtiessen lo que se hazia, y como ella no entendia, ni oya lo que se escriuia, pusieron lo que quisieron. Y bien se vee, pues siendo tan sorda, y deuiendo dar el Escriuano testimonio en la misma escriptura de como se la leyò a doña Mencia

cia en voz alta, y inteligible; de suerte, que la apercibio, y oyò, no la dio, porque no hizo esta diligencia, ni della consta: y el derecho dispone, que las escrituras de contratos se les den a entẽder, y lean a las partes aun sin ser sordas (quanto mas avna muger tan sorda, como doña Mencia, de quien deponen los testigos, y ella lo declara ensu testamento, diziendo este engaño, que era necessario llegarse cerca del oydo, y darle vozes, para que entendiesse.) *Abbas, in cap. cum, p. tabellio, col. 2. in iur. interrogo, etiam ad aliam quæstio. de fide instrum. per legem contractus, C. de fide instrumentor: & ibi Bart. idem Abbas, in cap. 1. colu. 4. ver. 11. Requiritur, & eodem tit. & ibi Ioãnes Andræas, & in addit. ad spec. de instru. cautela, §. Ostenso, ver. Illud quoque, Barbosa, in l. Gallus, §. Idem credendum, ff. de liberis, & posthumus.* Y la Prematica de nuestro Reyno, fecha en Segouia año de 1553. y que el engaño sea la mayor ingratitud, por la qual como causa la mas principal, se pueda reuocar la donacion, y que lo es no cumplir el donatario con lo que le prometio a el donante, y el lo otorgò, como se pueda prouar, ora estè expresso en la escriptura, ora no lo estè, lo prueua elegantissimamente Gutierrez, *tom. de iuram. confir. cap. 10. num. 1. 2. & 3.* con multiplicidad de textos, y Autores, dandola por comun opinion de lo atras referido, consta el engaño y ingratitud, que doña Iuana Camacho, y las beatas vsaron con doña Mencia, y assi con razõ reuocò la donacion y dispuso de su hazienda, en fauor de Santa Clara, y San Francisco, y desu Capilla mayor, y no pueden pedir nada de lo mandado las Monjas del nombrado Conuento, ni se les deue dar.

18 ¶ La segunda razon, porque reuocò doña Mencia la donacion, es, porque es donacion causa mortis; la qual de su mesma naturaleza es reuocable: porque los efectos de ella son post mortem y en esta donacion dize doña Mencia. *Otorgo y conoz-*

co q e

co que hago gracia, y donacion, y manda entre viuos irreuocable, desde aora para en fin de mis dias, de vn Cortijo, &c. y que hæc donatio causa mortis sit, probatur. Primò, porque no se dio la possession del cortijo, ni se hizo entrega de las escrituras y titulos del, como està prouado, ni tiene clausula de constituto, que antes parece manda y legado, que donacion, pues le faltan todos estos requisitos; pero quando sea donacion, como digo, ha de ser causa mortis, por lo dicho; y prueuolo. Secundò, quia donatio causa mortis dicitur, vbi donator vult magis ipsum, quam donatarium rem donatam habere. Ipsumque donatarium, quam hæredem, l. 1. ff. de donat. causa mortis, & l. Senatus, ff. eo titul. Ita Albericus, in d. l. nam, & si cum moriar, Iass. consil. 6. volum. 3. colum. 5. Y no solo en las primeras palabras de la escritura de donacion dize doña Mencia que ha de ser para fin de sus dias, sino en otras dos ocasiones; Vna, quando hablando con las Religiosas Descalças que auian de ser, dize, que les dà poder cumplido, para que despues de los dias de su vida entren gozando, y arrendãdo el dicho cortijo. Y en otra parte mas adelante dize, porque demas de que no hã de gozar del dicho cortijo el dicho Conuento y Religiosas del, hasta en fin de mis dias. De suerte, que por estas palabras consta, que es donacion causa mortis, pues quiso ella mas tener por suyo el cortijo en su vida, aunque viuiera hasta la fin del mũdo, que no que lo tuuiera el Cõuento, que auia de ser, y la causa de suceder en el las Monjas pendia de su muerte. Ni obstarà dezir, que aquellas palabras, *manda irreuocable entre viuos,* la hazen que no sea donacion causa mortis, sed inter viuos, y la promessa de no la reuocar, que es lo mismo. Nam adhoc respondetur, quod quoties facta donatione causa mortis, si adiiciatur illa clausula promitto omnia rata habere, non facit donationem inter viuos. Ita Dec. in l. non omnis, colum. 3.

 idem

idem in l.fin.de pact.nume. 2.& conf.205 el qual dize, que promißio non reuocandi donationem causa mortis factam, adiecta executioni, non reddit ipsum actum irreuocabilem, nec operatur effectum donationis inter viuos. Et probatur, quia ea quæ in executione exprimuntur ipsius actus, dispositionem minime augeri videntur. Ita Couarru 1. tom. practic.qq in 2.part. Rubricæ, nume. 13.conclus. 3. & est optimus & celebratißimus textus, in Clement.1.de præb. quem text.dicit aureum Felinus, in cap.licet, colum.4.de offic.ordin. & Domi. consf.92.& 86. Abbas, in cap.cum nostris, num.21. de conceßi præb. Dec.cons 500. colum 4. & alij, quam plures quos citat Couarr. vbi supra. Donde tambien afirma, q̃ estas palabras, y clausulas de no reuocar, de no yr, ni hazer cõtra la escritura, y que assi lo jura, y mas no expressando el juramento (como en esta donacion no està expressado) las mas vezes las añaden los Escriuanos de oficio, y sin cõsentimiento de las partes: y assi no por ellas se ha de entender ser la donacion inter viuos, sino causa mortis, la qual de su naturaleza es como vn legado reuocable, porque voluntas est de ambulatoria vsque ad mortem. Y assi muy bien pudo doña Mencia reuocar su donacion.

19 ¶ Tercera razon, porque la pudo reuocar; porque demas de ser hecha por muger casada, la qual no puede donar, ni inter viuos, ni causa mortis, como he prouado, alegado, y dicho, esta mas fue legado q̃ donaciõ, y si donacion nula, porq̃ fue hecha para cosa contingẽte, y q̃ no era, y podia no ser, y a cosa q̃ no tiene ser, ni cõsistẽcia, no se puede hazer donaciõ, legado q̃ de suyo es reuocable si, y porq̃ no parezca nueua esta dotrina ysacada de quicios, sino assentada, y llana, tiene por sus valedores a Quintiliano Mendosio, en sus reglas Cancelarias, reg. 3.q.7. nu 3. vbi sic dicit. Ecclesiæ, vel personæ quæ non est, donatio fieri non potest. A Siluestro, en su

en su Summa, part. 2. verbo. *Legatum*, 2. quæritur, num. 3. vbi dicit, quod non valet donatio facta Ecclesiæ construendæ, legatum, sic. Tambien Angelo de Clauasio, en su Summa, verbo. *Legatũ*, num. 9. Donde dize. Legare potest Ecclesiæ construendæ, donare non, quia non valet donatio facta loco cõstruendo. Tambien Panormitano dize lo mismo, in cap. Nos quidem de testamentis. Tambien Bar. in l. seruos, ad custodiam, ff. de alim. & cib. leg. & ratio disparitatis asignata ab his Doctoribus est, quia donatio requirit personam, & scientiam; Y assi hazer vna manda, o legado, para que se haga la Yglesia, o se funde el Monasterio, bien se puede auiendo persona que se obligue, y prometa de hazerlo; pero donació no se puede hazer: quia requirit personam, & scientiam. Y añado aun mas, porque si la donacion es contrato, como prueuo en el principio, y este contrato ha de ser entre personas viuas, que existan à parte rei, cuyo consentimiento de voluntades se ha de expressar, para que se efectue el contrato, por si, o por personas interpuestas con su poder; como con la cosa, que ni es, ni viue, ni existe, se puede hazer contrato de donacion? la misma razon natural se lo dize; que es en que se fundan las leyes de razon. Pues aora si esta donacion fue hecha para Yglesia, y Conuento, que se auia de edificar, y hazer, luego fue nula de su misma naturaleza? y quando queramos que sea algo, ha de ser legado, que de suyo es reuocable. Luego bien se pudo reuocar, como de hecho se reuocò, y aun a causa pia ausente no se puede hazer donacion, como expressamente lo dize Tiraquel. tom. de reuo. donat. num. 330. tit. donat. largitus, vbi prope finem sic dicit, donatio piæ causæ absenti, fieri non potest; secundum gloss. in l. illud, in verb. *Alia causa*, in fine, y cita a Guillermo, Cuco, a Bart. a Bald. y a otros muchos sobre otros textos, y leyes. Y lo mismo dize, de priuilegijs pię causæ, priu. 115. num. 2. y cita

y cita la glossa ordinaria, in l. illud, in verb. *Alia causa*, in fine, C. de Sacrosan. Eccles. & ibi. Gulie. Bart. & Bald. & Paulus Castr. &c.

20 ¶ Y dexando otras muchas razones, que tuuo doña Mencia de Gongora, para reuocar su donacion, pongo por vltima, quando las dichas no valieran, que ley del Reyno ay, que le dà licencia para que la pueda reuocar; parecerà cosa nueua, pues no lo es, sino antigua, y supongo para su inteligencia, lo que en la primera ley de la Recopilacion nueua, y en la primera ley de las de Toro se manda: que sucediendo algun caso nueuo, que no estè expressado en las leyes de la recopilacion, de las de Toro, o Partidas, se recurra a las leyes del Fuero; y quando sea caso que no se pueda determinar por las leyes sobredichas, se recurra a consultar la voluntad del Principe. Aqui tenemos oy caso nueuo, que me parece que no ha sucedido otro semejãte muchos tiempos ha, y para el ya que no ay ley en las de las Partidas, en las de Toro, ni en las de la nueua Recopilacion, la hallamos enlas del Fuero, lib. 5. titul. 2. l. 6. en el tomo, que de ellas imprimio con facultad Real, el Doctor Alonso de Villa-Diego, trasladadas del original que tiene su Magestad en el Escurial, y de el que esta en la Santa Yglesia de Toledo, cuyo Libro tengo en mi poder, de que auiso, por si v. md. quisiere verlo, pues en esta ley citada, dize dos cosas, entre otras. La vna: *E demas enadamos, que si alguno fiziere escrito de sus cosas en persona de otre, que las dà a otre, maguer, si non diere el escrito a aquel en su vida, todauia la aura depois de su morte aquelas cosas aquel en cuyo nombre fue escrito. Ca derecho es, que aquel escrito sea firme; el qual no quiso el donador desfazer en su vida. Mas si aquel que fizo el escrito, nin dio la cosa, ni el escrito en sua vida aquel a quien fiziera la donacion, mas touo so conseyo, e depos modosele la voluntad, el escrito que fizo despois serà firme.* Otra clausula de la misma ley dize vn poco mas abaxo. *E si*

alguno diere so tal condicion cosa alguna, que se la tenga conseyo en sua vida, e despois su morte, que la aya aquel a quien la dà, porque esta donacion semeya testamento, aquel que la dio la pode toller quandò quisiere ante su morte. Bié claramente hablan las dos clausulas desta ley en nuestro caso, pues quando no fuera muger casada, sino libre, o quando siendolo tuuiera licencia de el marido, por quanto auiendo hecho la donacion, y quedadose con las escrituras y titulos del Cortijo, que donaua, y mudando despues de parecer, reuocandola como la reuocò, no es la donacion de valor ninguno. Y siendo como fue la donacion hecha cō calidad, que ella se auia de tener el Cortijo por todos los dias de su vida: pero que el Conuento que lo auia de auer, fuesse despues de su muerte. Mudando de parecer, y reuocandola, y dexando la possession para otra obra pia, disponiēdolo assi antes de su muerte. No sè yo que mas se puede pedir, segun la disposicion desta ley, mandada guardar por la ley 1. de Toro, y de la nueua Recopil. Ni obstarà dezir, que per non vsum, estan reuocadas esta, y las demas del fuero, pues la misma, primera ley de Toro dize, que no valdra el alegar contra ellas, que no son vsadas, ni guardadas, y la primera ley de la nueua Recopilacion, confirma lo que ordena la ley primera de Toro. Por estas palabras, guardādo en lo que toca a las leyes de las siete Partidas, y del fuero, lo que por la ley de Toro, està dispuesto y ordenado. De donde consta no estar derogadas las leyes, ni tacita, ni expressamente por otras ningunas, antes confirmadas por las dichas, que si no estan en tan frequente vso como las mas nueuas, leges per desuetudinem non tolluntur, sed æternæ sunt, vt in 1. constit. ff. veteri iure enude, vers. *Quas æternas fieri optamus*, & in l. æternam, C. de muri. leg. lib. 11. vbi Alberic. & in l. de quibus, numer. 5, ff. de legibus, Castillo in l. 1. Tauri, versicul. *No se guarda*, Gregor. in l. 16. versicul. *El pueblo*, titul. 1. part. 1. Di-

daeus Perey. in qq proœm. quæst. 12. Ioannes Gutierrez, de iuram. confirm. 1. part. cap. 14 num. 10. diximus infra, ad Rub. gloss. 1. in fine.

21 ¶ Digo lo segundo, que aunque estuuiera aceptada legitimamente, quod negatur, adhuc ex cap. causa data, causa non sequta, & ex defectu causæ finalis, la pudo justamente reuocar la dicha doña Mencia. Lo qual tiene muchos, y muy claros fundamentos de derecho que lo hazen indubitable, y preciso, ex sequentibus Nam in omnibus dispositionibus, la causa final es la que rige y gouierna la disposicion: y es el objecto de la voluntad, y del entendimiento, sicut signum, & obiectum visus, & quidquid agimus, agimus propter finē, vt sunt verba Bald in l. 1. num. 17. C. de falsa causa adiect. legato. & causa finalis ex toto, & funditus animum disponentis, mouet alioquin non facturus, vt ex multis probat Petrus Surdus, consi. 117. nume. 4. & 5. & 31. Casanate, consi. 10. num. 37 Gratian. part. 1. discept. forens. cap. 96 num. 27. & 28. Alexand. Raudens. in tractatu de Analog lib. 1. cap. 2. num. 3. & sequentibus, & ex causa finali oritur radix obligationis vt per Tiraquel. de cessante causa, limitat. 1. num. 34. & ideo, faltando como faltò, la causa final en este caso, faltò el objecto de la voluntad de la fundadora, y el motiuo que tuuo para hazer esta donacion, y la rayz de la obligacion, y se reduxo a estado, que la dicha doña Mencia no hiziera la donacion.

22 ¶ Y que aya faltado la causa final, que tuuo la donadora, para hazer esta donacion, se prueua con euidencia del mismo contexto de la misma escriptura de donacion, y de la clausula proemial, que dize, *Digo, que por quanto yo he sabido, y entendido, que en las casas de doña Iuana Camacho se ha de fundar vn Conuento de Religiosas Descalças, &c.* Quæ sane verba tanquam proœmialia prædictam fundationem fuisse causam finalem. Ostendũt, ex vulgari

gari textus, in l.fin.ff.de hæred.insti. & ex doctrina Bart.ibidem, numer.3. quem sequitur Petrus Surd. cons.210.num.28.vol.2. Menoch.lib.6. præsump. tion.2.num.12. Molina, de Hisp.pri.libr.1.cap.5. num.5. qui alios quamplures refert Cassanate, cons. 10. à num.35. Mayormente, que la diccion (*porque*) quanto, en Latin, quia, vel quoniam, con que comiença la clausula proemial desta escritura, es diccion causal, que por si sola de su naturaleza significa causa final del acto, vt ex dicta l.fin. & ex alijs iuribus, notat Bart.in l.demonstratio.17.§. Quod autem, num.6. & sequentibus ff.de condi. & demóst. Bald.in l.1.nu.57. ver. Et nota, C.de falsa causa adiect.legat. & alij relati à Tiraquel in tractatu de cessante causa, limit.1.num.28. & sequentibus, Galganetus, de condit. & demonst. 1.part.cap.98. num. 1. & 2.

23 ¶ Nam dictio illa (*para que*) Latinè vt dictio causalis est, ex leg. cum alimenta 22.§.1. de alim.ff. & cib.legat.ibi: *Illam autem adiectionem, vt habeant vnde se pascant, magis ad causam prælegandi, quam ad vsumfructum pertinere*, & ex illo textu docet Caldas, de nominatione, q.2.num.3. & ex alijs iuribus traddit post alios Monter.decisione Aragoniæ 10. num.17. Y finalmente por la diccion proposita, in proœmis huius donationis indicitur causa finalis, vt per Bald.in l.1.num.16.C.per quas perso.nobis acqui. quem post Gabrielem, & plures Rotæ decisiones, sequitur Leander Galganetus, de condit. & demonst.in dict.cap.98.numer.7. & nouissimè ad hoc videndus Stephanus Gratian. 1.p.discept. Forens.cap.96.num.20. Donde resuelue, que las clausulas desta calidad, mediante la diccion, *pro*, de tal manera significan la causa final del acto, ac si disponens dixisset, se aliàs non facturum. Y en el numer. 30. ponderando vna clausula como esta dize, que aquella se ha de tener por causa final, por hallarse declarada por la parte en el proemio, en tanto grado,

do, que aunque aya conjecturas contrarias, no pueden preualecer contra el intento expresso en esta clausula: mayormente no siendo de las que los Escriuanos suelen poner de estilo en las donaciones ordinarias; sino la clausula seriosa, y extraordinaria, que sino es de voluntad de la parte no se suele poner; vt considerat in terminis Fontanel. de pact. nupt. clausula 4. gloss. 1. n. 58. & 59.

24. ¶ Es hecho euidente, que ha faltado la causa final desta donacion, y prueuase por los medios siguiẽtes. Primò, porque vt supra dictum est, la causa final que tuuo doña Mencia de Gongora, para hazer esta donacion, fue para ayuda de la fundacion del Monasterio, que le dixeron se auia de fundar de Monjas Descalças, en la Ciudad de Carmona, y consta de los autos deste pleito, que vuo tantas contradiciones de los demas Conuentos, del Cabildo secular, y comun, que aunque se intentò fundar, se contradixo, y vuo Prouision Real, que està presentada en el pleyto, en que se mandò a el Corregidor, no lo consintiesse fundar, aludiendo a el asiento y ley hecha en Cortes, que ningun Conuento de Frayles, ni de Monjas se funde, sin expressa licencia de su Magestad. Y assi la carta, y sobrecarta, que en años passados embiò el Consejo Real a Carmona, para que las tuuiesse guardadas en sus Archiuos, se sacaron, y presentaron para la contradicion, con que cessò todo, y se puso perpetuo silẽcio. Todo lo qual consta de los autos del processo. Viendo pues doña Mencia, que no tenia efecto el dicho Conuento, y su fundacion, y que auia passado vn año, que le dixeron se tardaria en fundar, y que la engañaron, diziendole, que tenian licencia para fundar, como està prouado; tratò de reuocar la dicha donaciõ, y de disponer de sus bienes en otras obras pias, como dispuso, y requirio a el Escriuano q̃ la reuocacion se la hiziesse cierta a D. Iuana Camacho, para que estando cierta de ella, no pretendiesse

tendiesse a titulo de su cortijo, y hazienda, pedir licencia para la fundacion del dicho Cõuento, palabras son de doña Mencia en la escritura de reuocacion, y el mismo Escriuano dà fee, de como le notificó, y hizo cierta a D. Iuana Camacho de la reuocaciõ, como parece de los autos, de dõde consta con euidencia, como mudò de volũtad D. Mencia, y no quiso esperar a otra fundaciõ, antes la contradixo por especial peticion, q̃ presentò en el Cabildo de Carmona, pidiendole, q̃ no consintiesse su señoria fundar tal Cõuento, por el daño q̃ se recrecia a los demas, y q̃ si D. Iuana Camacho lo pretẽdia fundar a titulo de la escritura de donacion, q̃ ella auia hecho, q̃ ya la auia reuocado, y si era necessario la boluia a reuocar ante su señoria por aquel escrito. Luego bien cõsta q̃ no quiso q̃ el dicho Conuento gozasse del cortijo, pues dispuso del en otra obra pia, y contradixo la fundacion. Et actus iudicatur secũdum animi præualentiã, *ita Paulus Iurisconsultus, in l. rẽ [?] actio. §. in omnibus, ff. de rei vindic.* y la voluntad de D. Mencia perseuerãte en su determinaciõ, bien se conoce por la clausula de su testamẽto, en q̃ dispone del cortijo, y no lo reuocò por otro ninguno, y en el jura a Dios, y a S. Maria, y a los Santos Euãgelios, y por las palabras del Credo, como persona, q̃ và a dar cuenta a nuestro Señor de aquella verdad, y de las demas q̃ auia dicho en su vida, q̃ la escritura de la donaciõ cõtuuo engaño, y pide para cõfusiõ de quiẽ la hizo, y ordenò q̃ nõ se le dè credito, sino a aquel su testamento, y vltima voluntad.

25 ¶ Y caso negado, q̃ la escritura de donaciõ fuera valida, pudo muy biẽ reuocarla por la razõ dicha de data causa, causa non sequta, y en buena Filosofia se dize tãbien q̃ cessante causa cessat effect⁹, y en buena Theologia moral tãbien se pudo reuocar, porq̃ quando se mudan notablemẽte las cosas, se puede reuocar la donaciõ, y no obliga el voto, ni el juramẽto y es derecho Canonico, cap. queadmo

dum, de iure iurãdo, Hostiẽsis, tit. de iure iurãdo n. 3. lib. 4. Anton. Cucus, lib. 5. institut. tit. 20. Ledesma, diffi. 13. de matr. P. Molin. tom. 2. de iust. tract. 20. disp. 372. P. Villalobos, 2. p. tract. 20. diffi. 2. n. 7. y en la primera p. tract. 12. n. 14. y assi auiẽdo hecho D. Mencia la donaciõ, y viendo la comũ cõtradiciõ, y la Prouisiõ especial, y mãdato Real de q̃ no se fundasse el Cõuento, y tã mudadas notablemẽte las cosas, biẽ pudo reuocar, disponer, y comutar aq̃lla obra pia, en otra q̃ lo es tambiẽ, y mayor, como es, no tener parte solo ẽ las oraciones y sacrificios, sino el todo, mandando hazer tales fiestas, dezir tantas Missas, con sus vigilias, Processiones con sus Responsos cãtados todas las semanas, por su alma, por las de sus difuntos, y las del Purgatorio en su Cõuento y Capilla mayor de S. Francisco, q̃ es suya, y de quiẽ es Patrona: y por sus Capellanes los Sacerdotes Religiosos, curar los pobres Frayles enfermos, hazer Ornamentos para el Culto Diuino, y con q̃ ornar los Altares. Pues aunque vuiera sido lo primero promessa, o voto hecho a Dios nuestro Señor inmediatamente, en buena Theologia pudiera no cumplirlo: y estaua libre de la obligaciõ viendo las cosas notablemente mudadas; porq̃ para q̃ aya obligacion q̃ fuerçe, debent res, & personæ esse in eodẽ statu in quo facta fuit promissio. Porq̃ si facta est magna mutatio in personis, in negotijs, in rebus contingentibus à tẽpore promissionis, non tenetur quis ad implere. Ita S. Thom. 2. 2. q. 109. art. 3. ad 5. Caietanus, 2. 2. q. 88. art. 1. & q. 113. art. 1. in fin. Syluestre, in verb. Pactum, q. 4. Angel. de Clau. eod. verb. §. 4. & Tabiena, verb. Pactum, §. 2. Sotus, de iust. & iur. lib. 7. q. 2. art. 1. Petr. Arag. 2. 2. q. 88. Michael Salon, 2. 2. p. 1. q. 5. de dominio, art. 3. dub. 2. Greg. de Valencia, tom. 3. disp. 6. q. 6. & alij quã plures. Y no es menos digno de reparo, lo q̃ dize Angelo de Clauacio, verb. Donatio, donde señalãdo las causas, porq̃ la simple donacion se puede re-

uocar,

uocar, dize. Prima est propter defectũ causæ propter quam fuit facta donatio, que es lo mismo q̃ mudarse el estado de las cosas: de q̃ hablãdo Seneca, lib. 4. de benef. c. 35. dize assi. Adhoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneãt: alioquim nec fuit mẽdax in promittendo, quia promisit quod habebat in mẽte (sub intellectis debitis cõditionib᷒) nec etiã est infidelis nõ implẽdo quod promisit, quia eędẽ conditiones nõ extãt, y S. Thom. de Aquino vino a dezir en el lugar citado, q̃ Apostol᷒ Paulus non est mẽtitus, qui non iuit Chorintũ, quo se iturũ promiserat; (2. Chorint. 1.) propter impedimẽta quæ super uenerũt. Luego auiẽdo visto D. Mencia los impedimẽtos de cõtradiciones, para q̃ no se fundasse el cõuento por los demas de la Ciudad, por el Cabildo, por expressa cedula de su Mageſtad, de q̃ no se hiziesse, y puestole perpetuo silẽcio: biẽ pudo reuocar la donaciõ, y disponer de su hazienda en otra obra pia ẽ q̃ la cõmutò, no quitãdole a N. Señor, lo q̃ por su hõra daua, sino dãdoselo por otro mas mejorado camino, y mas vtil, para sus sacrificios, curar sus Sacerdotes, hazer ornamentos para su culto y Altares, y esto en su Cõuento, y Capilla mayor de S. Frãcisco, de quien ella era Patrona, y donde estan los guessos de sus abuelos, y padres, y ella mãdo se sepultasse su cuerpo, como lo està oy enterrado.

26 ¶ Todo lo dicho se cõfirma, cõ lo q̃ assiẽta Tiraquel. por cosa certissima, y llanissima, ẽ el tom. de varijs cap. de causa cessante, n. 180. quod mãdati causa cessante, cessat mandatũ. De q̃ ay texto expresso, in cap. si pauper, in fine, in illis verbis, cum cessat causa mandati, & ibi glos. in verbo, Cesset, & domi. y assimismo en el n. 189. dize, que obligationis causa cessante, cessat obligatio, vt ex facto interrogatus, respõdit Socin cõs. 31. y en el n. 224. quæ promissionis causa cessante, cessat promissio: alegando en cada vna destas causas varios textos, y Do-

y Doctores. Y en el n. 225. dize. Quæ promissiones, obligationes, iuramenta, & aliquos actus nostros, intelligi debere rebus sic stantibus, atq; in eodem statu manentibus. Lo qual prueua mas largamente en la repeticiō dela ley, si vnquā, in præfactione, n. 166. incipi. proptereà iuramētum, & trib. sequētibus, C. de reuocād. donat. autorizandolo cō grāde multiplicidad de Doctores, Iuristas, y Filosofos. Con q̄ se prueua y confirma nuestro intēto: de q̄ D. Mencia de Gongora viendo la mudāça de las cosas, y q̄ cessaua la causa final, pudo disponer, como dispuso, y reuocò en tiempo habil.

27 ¶ Pero, porq la otra parte insiste, en q̄ ya està fundado el Conuēto, y q̄ se le ha de dar el cortijo q̄ se le donaua, digo. Que quando con justissima causa, como queda prouado, no vuiera reuocado la donacion D. Mencia, oy no se le auia de dar a este Conuēto el cortijo, porq̄ despues de muerta D. Mencia, se boluio a intentar su fundacion cō las mismas contradiciones q̄ antes: contra la volūtad Real, expressada por sus cedulas, y prouisiones, y resistentes, y desobedientes a ella, D. Iuana Camacho, y el Prouisor de Seuilla, de hecho lo boluierō a fundar, y sobre ello, y la contradicion q̄ el Corregidor le hizo, procedio con censuras, hasta poner entredicho. Y aunq̄ pretenden dezir q̄ està fundado, no pueden sanar tātos defectos como padece està fundacion. Lo primero, porq̄ no es Monasterio de Monjas Descalças, para quiē suena la dicha donacion, lo qual està alegado por mi parte, y no prouado lo contrario por la otra, y no auiendose ligitimado, ni siendo Conuento de Descalças, para quien se hazia la donacion, no se le pudo dar la possession, quanto mas la propriedad que pretenden. Y porq no se cōfundan los terminos, digo señor, que vnos Conuentos ay, q̄ son de Monjas Recoletas, como el de S. Clara de Alcaudete, el de S. Clara de Anduxar, y el de Bujalance, q̄ son en este

Reyno,

Reyno, y Prouincia de Granada, y otros é otras partes, donde se obseruan estrechas cõstituciones sin descalces; otros ay q̃ son de Descalças Recoletas, cómo las Capuchinas desta Ciudad de Granada, las Monjas del Angel, que son de la primera Regla de S. Clara, q̃ traen el pie descalço y desnudo, y andã cõ sandalias y çuecos de palo. De las primeras Mõjas Recoletas sin descalces, son las Agustinas de Carmona, q̃ litigan; pero no son Descalças: porq̃ traen cubierto el pie, y cõ muy buenos çapatos. Y asi en los testimonios que dà el Escriuano, y en el testamento de D. Juana Camacho, q̃ hizo antes de professar, en muchas ocasiones q̃ nombra el Conuẽto, no le dà titulo de Descalças, sino dize la verdad de lo q̃ son Agustinas Recoletas; y asi no siendo Descalças, quãdo fuera valida la donaciõ no les venia el Cortijo.

28 ¶ Lo segundo, porq̃ oy no se puede dezir, q̃ està fundado el Conuento, es, porq̃ està contra la voluntad del Pontifice cabeça suprema de la Yglesia, y contra la voluntad de nuestro Catolicissimo Rey y señor D. Felipe Quarto, y paria sunt actũ nõ facere, aut inutiliter facere, vel quod nõ fiat, vel minus benè fiat, l. quoties, ff. qui satisdari cogãtur.

Lo tercero, porq̃ la violẽcia con q̃ el Ordinario de Seuilla quiso q̃ se fundasse, sin tener atencion a los inconuenientes y contradiciones, demas de ser contra razon y derecho, està anulado, y la misma fundacion lo està por la Bula 18. de la Santidad de Clemente VIII. donde manda que los Ordinarios, no puedan dar licencia, para q̃ se funden nueuos Conuentos, sino fuere llamando, y oyendo primero a los Priores, o Procuradores de los demas Conuentos q̃ estuuierẽ en el tal lugar, donde se pretende fundar de nueuo. Cuius verba sunt hęc. *Declaramus locorum Ordinarios non posse licentiam ad nouos Conuentus cuiusuis etiam Mendicantium Ordinis, Ciuitatibus, & locis eorum, Ordinariæ iurisdictioni subiectis, erigẽdos impar-*

impartiri, nisi vocatis, & auditis aliorum in eiusdem Ciuitatibus, & locis existentium Conuentuum, Prioribus, seu Procuratoribus, & alijs interesse habẽtibus, & causa, seruatis seruandis cognita constiterit, in eiusdem Ciuitatibus, & locis, nouos huiusmodi origendos Conuentus, sine aliorũ detrimento commode sustentari posse. Si vero ab eorum in huiusmodi causis, sententijs, ad nos, & Apostolicam Sedem prouocari, & appellari contingerit, ipsos Ordinarios tandiu erectionem nouorum Conuentuum suspendere debere; quo vsque à nobis, & Apostolica Sede in eadem causa pronuntiatum existerit; irritum nihilominùs, & inane decernẽtes, quidquid secus super his, à quo quã quauis authoritate sciẽter, vel ignoranter contingerit attẽtari. Luego segun esto, bien se prueua q̃ oy no està fundado el Conuẽto, pues las voluntades de las Descalças, Ecclesiastica, y secular, lo dan por nulo; el Pontifice con su Bula, su Magestad del Rey nuestro señor, cõ su Prouision y leyes Reales. Y assi no pueden pedir, quãdo no vuiera reuocacion de la donacion, lo q̃ por ella se mandaua para Monjas Descalças, que no lo son, antes como a gente inobediẽte a sus superiores, y tan superiores, se les deue denegar, y mãdarles que las obedezcan. Y sobre esto esta apelado, y pendiente el pleyto.

*** ARTICVLVS TERTIVS. ***

29 EN este Articulo satisfarè cõ breuedad a dos cosas q̃ opone la parte contraria. La primera, q̃ alegar mi parte q̃ D. Mẽcia era muger casada, i q̃ no pudo hazer la donaciõ sin licencia de su marido, y q̃ por este defeto es nula; q̃ este derecho es de tercero, y assi no lo puede mi parte alegar, sino D. Pedro Baçan, q̃ era el marido, pudiera vsar del, si pretẽdiera por si, q̃ se anulàra la donacion q̃ su muger hizo sin su beneplacito. Esta objecciõ tiene facilissima la respuesta, pues es cosa assentada, q̃ qualquiera puede alegar el derecho

cho

cho del tercero, quãdo es exclusiuũ, iuris agẽtis, ita Holdraldus, cõs. 39. n. 7. Gõçal. glo. 56. n. 113. Thesaur. decis. 4. n. 8. Gratian. tom. 2. c. 261. n. 4. & tom 3. c. 490. n. 42. & tom. 4. c. 691. n. 20. Alex. Ludouisius, decis. 415. & ibi, Oliuarius Beltraminus, in addition. Bart. in l. loci corpus, §. competit, ff. si seruit. vendicetur, y otros muchos que dexo de citar, por no cansar.

30 ¶ A lo segundo, q̃ opone q̃ los Frayles menores de la regular obseruancia, no son capazes de recebir, y tener reditos anuales, por via de limosna, para las enfermerias, y para curar los Religiosos enfermos, y acudirles a el remedio de sus necessidades. Digo, que no ay ley diuina, ni humana, q̃ tal les prohiba, porq̃ esso era ir cõtra la ley de la misma naturaleza, q̃ pide ser socorrida: y mas en las necessidades de enfermedad. Y q̃ pobre es incapaz de limosna? pues si lo son los Frayles menores los pobres Euangelicos de la Yglesia, porq̃ han de ser incapazes, q̃ estando en la cama enfermos, no puedã curarse con la limosna q̃ vn deuoto, y amigo espiritual les dexa, y mas siendo de la calidad de la q̃ dà D. Mencia de Gongora a la enfermeria de S. Frãcisco de Carmona, y es, q̃ si no vuiere Religiosos enfermos, la limosna q̃ en curarlos se auia de gastar, se gaste en hazer ornamentos para ornar los Altares de su Capilla mayor, y para el culto diuino, y el Serafico Padre S. Francisco, no dexò a sus Frayles en su regla incapazes desta limosna; antes dà lugar a que la procuren. Lease el 4. cap. de su Euangelica regla, y se verà q̃ dize: *Tamen pro necessitatibus infirmorum, & alijs fratribus induendis, per amicos spirituales ministri tãtum, & custodes solicitã curam gerant.* Y en estas palabras se fundã Ananias, *consi.* 30. *n.* 3. *vsq; ad* 5. *Manuel Rodrigues, in suis qq. regul. tom.* 2. *q.* 126. *art.* 4. *fine. Qui asserunt, non repugnare paupertati minorũ, legatũ annum factũ pro necessitatibus infirmorum, quasi non ipsis fratribus, sed loco diputato infirmis fiat.* Y assi ay muchas limosnas

mosnas situadas para las enfermerias de los Conuentos mayores, como es el de Seuilla, el de Granada, el de Madrid, Toledo, Valladolid, Salamanca, y otros inumerables.

Pero porque salgamos de todo escrupulo en esta parte, digo mas, q̃ aunq̃ los Frayles menores de la regular obseruancia del Serafico Padre S. Frãcisco no tengan accion para poder pedir alguna cosa temporal, q̃ se les dexa por via de legado, o donacion, pero no por esso estan destituidos de remedio, para poder cobrar de las personas q̃ tienen obligacion a darles lo q̃ se les mandò por legados, y mas si es por limosna de Missas, q̃ les mãdan dezir cada vn año tantas cantadas, y tantas rezadas, cosa q̃ està puesta en vso, por particulares Concessiones de los Pontifices, y de q̃ nadie ha dudado. La qual limosna pueden cobrar por medio de las ciudades y lugares dõde residen, y por medio de los señores Obispos, y sus Vicarios, y por medio de sus sindicos diputados por la silla Apostolica, para q̃ en nõbre suyo recibã todas qualesquiera limosnas q̃ se les hagan a los Frayles menores, y las gaste, y distribuya en las cosas necessarias de los Frayles, y de sus Conuentos. *Statuimus,* dize Eugenio IIII. *& determinamus, iuxta declarationem Nicolai III. & Clementis V. & Martini IIII. Quod quilibet Conuentus, seu locus fratrum minorum, habeat suum, procuratorem, Economium, sindicum, & actorem, qui omnis elemosina pecuniaria, & alia quæ ad pecuniam redduci possunt, integraliter assignetur. Qui easdem, dispensare debeat legaliter, & fideliter, pro reparatione Conuentuum, & locorum, ac aliàs necessitas fratrum pro tempore occurrentes.* Y enla Bula Martiniana, assi llamada de los mismos Religiosos, donde Martino IIII. les cõcedio particularissimos priuilegios, enel 1. art. relato in illis verbis. *Et generaliter cõcessis,* dize hablando de los sindicos. *Quod prædictæ personæ habeant facultatem procurandi, in omnibus causis, pro rebus, & locis ad Ecclesiam Romanam expectantibus,* (y esto

to dizelo,porq̃ la propriedad detodos los cõuẽtos, casas, Iglesias, y delas cosas q̃ tienẽ los frailes menores la reseruò la silla Apostolica para si,dexãdolos a los frayles tãsolamẽte el vso, y prosigue) *& ipsorũ vsui, cõcessis, nec nõ pro immunitatib⁹, libertatib⁹, iurib⁹, ac priuilegijs prædictũ fratrũ Conuentuũ, sou donorũ.* De suerte, q̃ el sindico puede pedir, como Mayordomo de su Sãtidad, y como procurador de los Frayles las limosnas, y legados, q̃ se les dexã, y quãdo no lo vuiera a la Ciudad, y a las cabeças de las Republicas les cõpetia el pedirlas l. si quis, & l. Ciuitatibus, ff. delegatis 1. Bart. in d. l. 125. in princ. nu. 5. ff. delegat. 1. & in tractat. minoritarum, lib. 2. dis. 7. cap. 3. n. 41. Ancharran. in Clementina exiuit de paradiso, nu. 17. de verb. signif. Manuel Rodrig. 2. tom. qq. reg. q. 78. art. 1. Thom. Sanchez, de Religioso statu, lib. 7. cap. 26. nu. 58. & num. 59. Y no solo la Ciudad, pero qualquiera del pueblo puede pedir lo que se vuiere dexado por alguna disposicion a los frayles menores del Señor S. Francisco, l. in Prouinciali fratrum, & in l. sequenti, ff. de noui operis nuntiati, §. si quis in authentica de Ecclesiasticis titulis, Bart. Manuel Rodr. Corduba, Reduam, & alijsplures relati à Corduba, & à Thoma Sanchez. Y no solo qualesquiera del pueblo; sed etiam Iudex ex suo offitio, puede cõpeler a el heredero, a que cumpla la disposicion, vt cum pluribus cõtendit idem Sanchez, nu. 60. & 61. Y esta es la razon, porque salio el sindico de San Francisco de Carmona, pidiendo a el Iuez, que a sus Religiosos les estauan mandadas aquellas limosnas, que en la obra pia que dexò ordenada doña Mencia de Gongora en su testamento, que se le pusiesse defensor, y nombrasse, para que se hiziesse cumplir, y poner por obra la dicha obra pia, y no permitiesse que el cortijo, de cuyos frutos se auia de hazer, se diesse en possession a nadie; supuesto, que el como interessado por los Frayles, no auia sido citado, ni llamado a el pleyto, y assi el

Iuez lo señalò a el dicho sindico, por el defensor, el qual no pide que se dè el cortijo a sus Frayles, porque quedò vinculado, que a no quedar bien pudiera pedirlo, y venderlo, y gastar lo que por el dieran en la fabrica del Conuento, y las demas necessidades de la casa, y Religiosos de ella, que esso les està concedido, y no prohibido, sino que se dè a quien mandò doña Mencia a las Monjas de Santa Clara, para que el Abadessa, y discretas, y su mayordomo lo administren, dexandoles como Patronos, y dandoles cierta cantidad cada vn año, por el cuydado de la administracion, y con lo que rentare hagan por mano del sindico dezir las Missas en S Francisco, curar los Frayles, y hazer los ornamentos de los Altares, y culto diuino.

3. ¶ Y como auiendo salido el dicho sindico del Conuento del Señor S. Francisco de la Ciudad de Carmona, mostrandose tercero opositor, y parte mas interessada por los Religiosos, pidiẽdo, que pues no auia sido llamado, y citado para el pleyto de la possessiõ, q̃ no se le diesse a la parte cõtraria, porque sabia que auia ganado carta executoria en esta Corte sin citarlo a el, y que de no hazer el Iuez lo que pedia, pues le mostraua incontinente su derecho, protestaua la nulidad, y no auiendoselo concedido, apelò para su Magestad en esta su Real Chancilleria, donde pidio el atentado en forma: induxo la propiedad, y està reseruado el atentado para difinitiua. Y assi digo, señor, que se ha de reuocar por atentado todo lo fecho y executado por la justicia de la Ciudad de Carmona, porque auiendose opuesto como tercero el defensor de la obra pia de doña Mencia de Gongora, el Sindico del señor San Francisco, nombrado por la justicia, docẽdo de iure suo, impidio la execucion de la carta Executoria, que ganò el Conuento de las Monjas Agustinas, contra el Conuẽto de las Monjas de Santa Clara de la dicha Ciudad, ex textu, cap. veniens,

de

de testa tradunt Couarrru. in practicis, qq. cap. 16. sub num. 3. vers. Secundus casus. Lancelotus de attentatis, 2 part. cap. 12. ampliat. 14. nume. 14. Salgado, de Regia protect. part. 4. cap. 8. n. 76. Mayormente quando la possession està vacante, como lo estaua al tiẽpo de la oposicion, que hizo el dicho defensor y Sindico: porque en este caso se impide con mayor razon la execucion de la cosa juzgada, vt tradunt ipse Couarrum. in loco citato, y Iacobus Canserius, variarum resolutionum, 2 part. cap. 16. à num. 71. Don Franciscus de Leon, decis. 116. tomo 2. num. 18. & 20. & Salgado, vbi supra, nu. 78. qui quidem asseuerat executionem factam pendẽte opositione tertij, cum possessio esset vacans esse attentatam, & nullam. Y la razon dàla Couarruuias en el lugar citado, diziendo, que no se le ha de dar la possession al vẽcedor, sino dexarla en sequestro, quia facilius eam obtinebit tertius vacantem, quam si alicui traddita fuerit. Et est optimus textus, in cap. veniens, vbi Innocentius, & omnes hoc expressè tenuerunt, & ibi in loco citato, trae otros textos y Doctores con que confirma esta sentencia.

32 ¶ Ni es de consideracion dezir, que el Cõuento de Señora Sãta Clara tuuo la primera causa de defender, y fue el principal interessado, y assi la cosa juzgada en el, perjudicò al defensor de la obra pia, y al Sindico, l. ex contract. ff. de re iudicat. l. 1. §. quanuis, ff. de ventre inspiciendo, tradunt plures relati à Salgado, 4. p. cap. 8. n. 311.

33 ¶ Porque se responde, que el principal interessado, es el defensor de la obra pia, y Conuento del Señor San Francisco, porque toda la rẽta del cortijo se ha de conuertir en los sufragios y memorias, en hazer los ornamentos, y curar los enfermos del dicho Conuento, como lo ordenò la dicha doña Mencia, y quando no lo fuesse, y fuesse el principal interessado el Conuento de Señora Santa Clara,

ra, no procedia esta regla auiendo notoria colusiõ, como la vuo, dict.l.ex contractu, ibi, *Nisi culpa tutoris*; l.si seruus plurium, §. si quis ante, ff. de legatis 1. tradunt Peregrinus, art. 53. à num, 57. Salgado, vbi supra, num. 335. y entonces se dize, que interuino colusion, quando el Conuento, non curauit, cura tua deducere, vel exibere, vt probat Consultus, in dict.l. si seruus plurium, §. si quis ante, ff. de legatis 1. tradunt Molina, Peregrin. & alij, relati à Salgado, numer. 336. Y cierto es, que en el primero pleyto vuo gran defecto en la defensa del, porque no se alegò, que doña Mencia de Gongora, al tiempo y quando hizo la escritura de donacion estaua casada, y otras cosas que se han alegado en este pleito, en quanto a la nulidad de la escritura de donaciõ, y de su aceptacion, de que largamente se ha escrito en este papel, por lo qual en auerse executado el auto de possession, interuino notorio atentado, que se ha de determinar por auerse reseruado para difinitiua. Lo qual esperamos, que se ha de hazer, y todo lo demas pretẽdido por mi parte, sentenciando en su fauor, mandandole dar a Santa Clara en possession y propriedad el Cortijo con los frutos procedidos del, & ita speramus: Salua Authoritate, &c.